

学校编码: 10384

分类号_____密级_____

学号: 200308075

UDC_____

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

类推在刑事司法与民事司法中的不同

The Differences of Analogy between Criminal Justice and
Civil Justice

李新钢

指导教师姓名: 李琦 教授

专业名称: 诉讼法学

论文提交日期: 2006 年 5 月

论文答辩时间: 2006 年 月

学位授予日期: 2006 年 月

答辩委员会主席: _____

评 阅 人: _____

2006 年 5 月

厦门大学学位论文原创性声明

兹呈交的学位论文，是本人在导师指导下独立完成的研究成果。
本人在论文写作中参考的其他个人或集体的研究成果，均在文中以明确方式标明。本人依法享有和承担由此论文产生的权利和责任。

声明人（签名）：

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人完全了解厦门大学有关保留、使用学位论文的规定。厦门大学有权保留并向国家主管部门或其指定机构送交论文的纸质版和电子版，有权将学位论文用于非赢利目的的少量复制并允许论文进入学校图书馆被查阅，有权将学位论文的内容编入有关数据库进行检索，有权将学位论文的标题和摘要汇编出版。保密的学位论文在解密后适用本规定。

本学位论文属于

1、保密（ ），在 年解密后适用本授权书。

2、不保密（ ）

（请在以上相应括号内打“√”）

作者签名：

日期： 年 月 日

导师签名：

日期： 年 月 日

内 容 摘 要

自清末变法以来,我国借鉴西方大陆法系的法律制度,建立起以成文法为特征的法律体系。成文法具有内容明确、使用方便、稳定的特点,但同时也存在内容僵化、不周延等局限。为了克服法律的不周延性,弥补制定法的漏洞,司法者在司法过程中采取了多种方法,包括解释、类推和法律续造等。然而,作为填补法律漏洞重要方法之一的类推,自近代以来,在民事司法与刑事司法两个领域的命运却截然不同。在民事司法领域,法官不得拒绝裁判成了一项铁则,为了满足解决纠纷的需要,各国采取或明示或默许的方式,允许类推的使用。而在刑事司法领域,由于受到罪刑法定原则的限制,类推,尤其是不利于被告人的类推却被严格禁止。本文拟在对类推进行辨析的基础上,通过分析刑事司法与民事司法的不同特点,来分析这种现象产生的原因。全文由引言、正文、结语三部分组成。

第一章对类推进行分析,界定本文所讨论类推之内涵。首先分析类推的使用场合,认为严格意义上的类推只存在于司法领域,不存在立法类推。然后从四个方面对类推的涵义进行分析。在此基础上提出本文中类推的定义:在成文法国家,法律存在漏洞,对系争案件无明文规定可予适用时,司法者为了填补法律的漏洞,基于系争案件与相关法律规定预设的行为模式的相似性,运用类比推理的方法将类似规定适用于系争案件的活动。

第二章展现了类推在刑事司法与民事司法中的不同。该章从历史的角度对近代以来刑事司法与民事司法中类推的不同发展情况做了简要的介绍。同时也对类推在新中国的存在状况做了简单的梳理。认为自近代以来,刑事司法领域禁止类推,尤其是严格禁止不利于被告人的类推;而在民事司法领域,不管是概念法学占统治地位的法典化时代,还是现当代,类推都始终在发挥着法律漏洞补充的作用。

第三章分析了类推在刑事司法与民事司法中有所不同的原因。首先从历史的角度,近代刑法是资产阶级在反对封建罪刑擅断的过程中逐渐形成的,提出罪刑法定,反对类推是为了保护公民的权利和自由,防止国家的公权力对公民的侵害。而民法由于其私人性,没有处于政治冲突的漩涡中心,从而使类推可以继续发挥

法律漏洞补充的作用。接着从刑事司法与民事司法的目的、诉讼过程中双方当事人的不同地位以及刑事责任与民事责任的不同承担方式等方面进行了更进一步的分析。

第四章论述了类推与司法正当性的关系。民事司法以解决冲突为目的，类推使民事司法具备周延性，从而使民事司法具备正当性。而刑法被视为犯罪人的权利法，以在追究犯罪的过程中保护被告人为价值追求，因此，禁止类推的刑事司法才具备正当性。本章其实是从另一个方面解读类推在刑事司法与民事司法中不同的原因。

关 键 词：类推；罪刑法定；司法正当性

ABSTRACT

Since the end of the Qing Dynasty, our country used Western civil law legal system for reference, and set up our own legal system characterized by statutory. Law is clear, user-friendly and stable, but also the existence of some limitations, such as rigid, illogic, and so on. To overcome legal illogic nature compensate for law loopholes, judicial persons take a variety of methods, including interpretation, analogy and continued legal creates in the judicial process. However, as one of the important means to fill loopholes in the law, the fate of application by analogy in the field of civil justice and criminal justice was very different since the beginning of modern times. In the field of civil justice, the judge can't refuse decisions is one strict rule. In order to meet the settlement needs of the conflicts, States take explicit or tacit manner, allowing the use of analogy. In the field of criminal justice, as the principle of crime and penalty by law restricts analogy, especially detrimental to the accused by analogy strictly prohibited. This article intends to conduct discriminate on the basis of analogy, analysis of criminal justice and civil justice through different characteristics to analyze the causes of this phenomenon. The article includes the introduction, body and conclusion.

The first chapter through the analysis of analogy, defined this analogy discussed in the contents. First analysis of the use of analogy occasions that the strict sense analogy only exist in the area of justice, legislation does not exist analogy. Then from four aspects to analyze the meaning of analogy. On this basis, make this analogy to the definition: there are loopholes in the law, for cases of a non-specified may be applicable, judicial persons to fill loopholes in the law, for cases of

disputes with the relevant legal provisions set patterns of behavior similarities, the use of analogy reasoning approach would be similar to provisions applicable to the case of an activity.

Chapter II presents the difference of analogy in criminal justice and civil justice. The chapter has historical perspective of the modern criminal justice and civil justice analogy of different developments made brief presentations. Also analogy to the situation exists in the new China made simple ideas. That since the beginning of modern times, criminal justice ban analogy, especially strict prohibition against the accused analogy; In the field of civil justice, whether advocating the concept of jurisprudence dominant Code era, or in present, the analogy is always playing loophole supplementary role.

Chapter III analyzes the analogy in criminal justice and civil justice different reasons. First, from a historical perspective, contemporary criminal law is the bourgeoisie in feudal crimes against intrusions off the process evolved, the introduction of legality, no analogy is to protect the rights and freedoms of citizens, prevent public power against the citizens and civil law, because of its private nature, not in the political heart of the conflict, so that analogy can continue to play the role of legal loopholes added. Then from the object of criminal justice and civil justice, the different status of parties in the proceedings, and the different forms of criminal and civil liability to further analysis.

Chapter IV deals with the relationship of judicial legitimacy and the analogy. For the purpose of the civil justice to resolve the conflicts, analogy makes the civil justice to be illogic, so that the civil justice have legitimacy. The criminal law is deemed to be the law to protect the criminal's rights. It pursues the value for the protection of the accused when prosecute crimes, Therefore, prohibit the analogy have the

ABSTRACT

legitimacy of criminal justice. Another aspect of this chapter is read from the analogy with the civil justice in the criminal justice different reasons.

Key Words: Analogy; The Principle of Crime and Penalty by Law;
Judicial Legitimacy.

厦门大学博硕士论文摘要库

目 录

引 言	1
第一章 作为法律漏洞补充方法的类推	3
第一节 类推的使用范围	3
一、关于类推使用范围的争论	3
二、类推为司法领域之活动	4
第二节 类推概念的厘定	5
一、类推、类推适用与类推解释	5
二、类推涵义的阐释	7
第二章 类推在刑事司法与民事司法领域的不同	13
第一节 近代以来刑事司法中的类推	13
第二节 近代以来民事司法中的类推	16
一、法典化时代的类推	16
二、类推的立法确认	17
第三节 当代中国司法中的类推	18
一、刑事司法领域的类推	18
二、民事司法领域的类推	20
第三章 成因分析	22
第一节 近代刑法独特的发展史	22
第二节 刑事司法与民事司法的目的不同	23
一、刑事司法的目的：打击犯罪与保障人权	23
二、民事司法的目的：解决纠纷	25
三、刑事司法与民事司法目的不同的立法体现	26
第三节 刑事责任与民事责任的承担方式不同	27
一、惩罚性责任与补偿性责任	27
二、刑罚的不可恢复性与民事责任的可恢复性	28

第四节 刑事诉讼与民事诉讼中的对抗主体不同	30
第四章 类推与司法正当性	33
第一节 类推与民事司法的正当性	33
一、类推与民法不周延性的克服	33
二、类推与民事裁判正当性的论证	34
第二节 禁止类推与刑事司法的正当性	36
结 语	39
参考文献	40

CONTENTS

Preface	1
Chapter 1 Analogy as the supplemental method to the legal loopholes	3
Subchapter 1 Using scope of analogy	3
Section 1 Different opinions about the using scope of analogy	3
Section 2 Analogy is activity in the judicial domain	4
Subchapter 2 Concept of analogy	5
Section 1 Analogy, application of analogy and explanation of analogy	5
Section 2 Interpretation of analogy.....	7
Chapter 2 The differences of analogy between criminal justice and civil justice	13
Subchapter 1 Analogy in criminal justice since modern times	13
Subchapter 2 Analogy in civil justice since modern times	16
Section 1 Analogy in the statutory era.....	16
Section 2 Legislation confirmation of analogy.....	17
Subchapter 3 Analogy in contemporary China justice	18
Section 1 Analogy in criminal justice.....	18
Section 2 Analogy in civil justice.....	20
Chapter 3 Origin analysis	22
Subchapter 1 The particular history of modern criminal law	22
Subchapter 2 The different object between criminal justice and civil justice	23
Section 1 The object of criminal justice: pursuit crime and safeguard	

CONTENTS

human rights	23
Section 2 The object of civil justice: solution dispute	25
Section 3 The legislation manifests of the difference between criminal	
justice and civil justice.....	26
Subchapter 3 The different undertaking forms between criminal responsibility and civil liability.....	27
Section 1 Penalty not recoverability and civil liability recoverability.....	27
Section 2 The reason of the different direction between criminal responsibility and civil liability.....	28
Subchapter 4 Conflicting body is different in the criminal prosecution and	
the civil action.....	30
Chapter 4 Analogy with the judicial legitimacy	33
Subchapter 1 Analogy with the civil judicial legitimacy	33
Section 1 Analogy with illogic of civil law.....	33
Section 2 Analogy with the proof of civil sentence	34
Subchapter 2 The prohibition of analogy with the criminal legitimacy	36
Conclusions.....	39
Bibliographies.....	40

引言

立法者的理性有限，其制定的法律对变动不居的社会生活的描述，注定是不全面的。这种法律的不周延性已经为人类历史所证明。又稳定性是“法律信仰”的基础，丧失了稳定品格的法律将沦为一种恣意。法律若要保持自身的稳定，就只能将绝大部分精力放在发展比较成熟并且人们认识也比较清楚的社会关系上，对处于形成阶段的社会关系则持观望态度，这决定了法律与生俱来的滞后性。再加上语言这种表达方式的天然缺陷导致法律含义的模糊性，¹法律的一般性致使在个案中可能出现法律的不合目的性（不正义性）等等。²法律的这些局限性使得法律漏洞的存在成为必然。

类推在我国是一个含义比较混乱的概念，造成这种混乱的原因在很大程度上是由于使用类推的场合不同所致。所谓场合也就是在什么领域、什么时候需要或存在类推的问题。本文认为类推是法律存在漏洞时法官裁决系争案件所使用的一种漏洞补充方法。作为一种法律漏洞的补充方法，类推自近代以来在民事司法与刑事司法两个领域的命运截然相反。在刑事司法领域，由于各国普遍明文确立了“罪刑法定”原则，法无明文规定不为罪，类推这种超越法律将人入罪的做法被严格禁止。而在民事司法中，类推却被大量运用于民事纠纷的解决，有的国家明文肯定，有的国家对之默许。这种现象的成因何在？本文试图通过对这一区别的分析，找出其原因，并将这种区别将两大诉讼领域裁判的正当性相联系：在法无明文规定的情况下，通过类推的说理过程，来构建民事裁决的正当性；而在刑事司法领域，基于防止国家的司法权侵犯公民人权的考虑，禁止类推的刑事司法才具备正当性。

成文法国家与判例法国家都存在类推，然而这两种不同语境下的类推，其差异多于共性。成文法国家的类推是在成文法中寻找可比照之法律规范，而判例法

¹ 语言本身具有“开放”的特征，它会因语境的不同而出现歧义和模糊。张志铭，法律解释操作分析[M]，北京：中国政法大学出版社，1998，2。

² 法律对人的行为和社会关系的规制是一种类型化的规制，这种类型化是对某些具有相似性的行为和社会关系的高度抽象，以此达到维护普遍的社会秩序的目的。[日]川岛武宜，现代化与法[M]，王治安、渠涛、申政武、李旺译，北京：中国政法大学出版社，1994，269。

国家类推比照的对象则不限于成文法，更为重要和普遍的是从最相类似的先例中寻找可适用于当前案件的法律规则。基于本文主要针对我国的法律现象，以期对我国的法制建设有所贡献，故在论述中将仅对与我国法律传统比较接近的成文法国家的类推现象予以分析，而不涉及判例法国家的类推问题。

厦门大学博硕士论文摘要库

第一章 作为法律漏洞补充方法的类推

第一节 类推的使用范围

前文已经提到,类推在我国是一个使用比较混乱的用语,在提及类推一词时,许多法律学者尤其是刑法学者都同时使用“类推适用”和“类推解释”作为它的替代。之所以产生这种混乱很大程度上是因为学者使用类推的场合不同。本文在接下来的论述中将先对类推使用的场合作一分析,以确定本文所使用的类推的范围。这里主要涉及的问题是:如果把法律实践区分为立法和法律实施两个领域,那么类推是否只存在于法律的实施领域,而不存在于立法领域。对此问题,人们在认识上存在分歧。

一、关于类推使用范围的争论

类推仅存在于法律的实施领域?还是同时存在于立法领域?对此问题有不同的认识。有学者认为“刑法理论上把刑事类推分为司法类推与立法类推两种”,并以《中华人民共和国海洋环境保护法》第四十四条规定“凡违反本法,污染损害海洋环境,造成公私财产重大损失或者致人伤亡的,对直接责任人员可以由司法机关依法追究刑事责任”为例,³认为法律中的此种规定即为立法类推;⁴也有学者将类推分为法律规定的类推和法律转移的类推两种情形,这里法律规定的类推包括法律条文中经常出现的“适用……之规定”、“参照……之规定”、“依照……之规定”、“视为……之规定”等,如婚姻法第十二条规定:“无效或被撤销的婚姻,自始无效。当事人不具有夫妻的权利和义务。同居期间所得的财产,由当事人协议处理;协议不成时,由人民法院根据照顾无过错方的原则判决。对重婚导致的婚姻无效的财产处理,不得侵害合法婚姻当事人的财产权益。当事人所生的子女,适用本法有关父母子女的规定。”该学者认为法律规定的类推还包括法律中的“例

³ 此处《中华人民共和国海洋环境保护法》为1982年8月23日第五届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议通过,自1983年3月1日起施行的文本,在1999年12月25日第九届全国人民代表大会常务委员会第十三次会议通过新法后已自动废止。

⁴ 侯国云,刘道义.关于司法类推与立法类推的界定[J].论苑,1996,(2):34.

示规定”，所谓“例示规定”，“就是立法者在立法上常常会遭遇到对拟规范的事项难于穷举，或其穷举太烦琐，但却又不愿挂一漏万的加以规定的难题。这时立法技术上通常是在作适当的例示后，紧接着用概括规定来加以穷尽的涵盖。”⁵如合同法第四十二条关于缔约过失责任的规定，该条在第（一）、（二）项中列举了“假借订立合同，恶意进行磋商；故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况”的缔约过失责任的几种情形后，接着在第（三）项作了“有其他违反诚实信用原则的行为”的概括性规定。

更多的学者则认为，严格意义上的类推只存在于法律的实施领域，是一种源远流长的法律适用制度。如有的学者认为：类推适用，又称类推，是指适用法的机关在处理具体案件时，由于法律没有明文规定，而按照最类似该行为的法律规定或按照法的基本精神进行案件处理的一种方式。它包括法的类推、法律类推、确认权利性类推、保护权利性类推等类型。⁶也有学者认为：“法律类推，简称类推，即法律的比照适用，司法机关处理某类案件，如法律没有明文规定，可按最相类似该行为的规定进行比较，推定对该案件的处理。”⁷还有一些学者从法律解释的角度界定类推，认为类推是法律解释方法的一种，比如日本学者我妻荣在其主编的《新法律学辞典》中将类推界定为：“扩充法律上规定的事项以推及类似的情况，是解释法律的一种方法。”亦有学者认为类推解释就是类推适用。⁸

二、类推为司法领域之活动

笔者认为，就上述分歧而言，并无对各种观点进行对错判定的必要，每一种成熟观点的提出必然有其赖以存在的理由。问题的关键在于提出“类推”概念的意义，以及论者在使用类推一词时所要说明的问题，并在此基础上为所使用的概念做出合适的范围界定。我们提出类推概念并对其予以关注是因为用类推的方法裁决案件时没有明确的法律规范存在，对类推的不当使用会使法治赖以存在的基石受到破坏，因为它背离了人们信仰法律的一个重要前提：人的行为只受已公布实施的法律的约束。然而，凡制定法必有漏洞，立法者制定的法律不可能涵盖社会生活的所有方面，类推作为填补法律漏洞的一种方法是必然存在的。因此我们对

⁵ 黄茂荣. 法学方法与现代民法[M]. 北京：中国政法大学出版社，2001. 306-309.

⁶ 邹瑜，顾明. 法学大词典[Z]. 北京：中国政法大学出版社，1991. 1260，1032，1533，1205.

⁷ 《法学词典》（增订版）[Z]. 上海：上海辞书出版社，1984. 620.

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库